

University of Groningen

De reikwijdte van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure

de Graaf, K.J.; Marseille, A.T.; Sietses, D.

Published in:
Overheid en Aansprakelijkheid

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

de Graaf, K. J., Marseille, A. T., & Sietses, D. (2015). De reikwijdte van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure. *Overheid en Aansprakelijkheid*, 2015(1), 15-25. [2015/3].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De reikwijdte van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure

O&A 2015/3

1. Inleiding

Bijna twee jaar geleden werd de Algemene wet bestuursrecht (Awb) verrijkt met een schadeverzoekschriftprocedure in titel 8.4. Een belangrijke reden voor die aanvulling was het ongenoegen over de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en bestuursrechter ter zake van geschillen over schade als gevolg van onrechtmatige besluiten.² Een belanghebbende kon daarover zowel bij de bestuursrechter als bij de burgerlijke rechter procederen.³ De rechtsmacht van de bestuursrechter zou duidelijker moeten worden afgebakend. Een andere doelstelling van de schadeverzoekschriftprocedure betrof een verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter. De bestuursrechter zou niet alleen moeten kunnen oordelen over door besluiten veroorzaakte schade, maar ook over schade als gevolg van handelingen ter voorbereiding van die besluiten.⁴

De bevoegdheidsverdeling is krachtens de per 1 juli 2013 in de Awb opgenomen schadeverzoekschriftprocedure kort gezegd als volgt. Is de schade veroorzaakt door een besluit waartegen in hoogste instantie beroep openstaat bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) of het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) en bedraagt de claim meer dan € 25.000, dan is de burgerlijke rechter bevoegd. Betreft de schade een besluit waartegen in hoogste instantie beroep openstaat bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB) of de belastingkamer van de Hoge Raad (HR), dan moet de gelaedeerde zich tot de bestuursrechter wenden. Is de schade veroorzaakt door een besluit waartegen in hoogste instantie beroep openstaat bij de Afdeling bestuursrechtspraak of het CBB en bedraagt de claim niet meer dan € 25.000, dan heeft de gelaedeerde de keuze. Hij kan zowel naar de burgerlijke rechter als naar de bestuursrechter. De verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter houdt in dat de bestuursrechter behalve over schade als gevolg van onrechtmatige besluiten ook bevoegd is geworden te oordelen over schade als gevolg van andere handelingen ter voorbereiding van onrechtmatige besluiten.

Een nieuwe wettelijke regeling kan zorgen voor de oplossing van problemen die kleefden aan de regeling die wordt vervangen. Maar het is niet uitgesloten dat de nieuwe regeling weer andere, nieuwe problemen veroorzaakt. De schadeverzoekschriftprocedure bestaat nog niet lang genoeg en is – afgaande op de geringe hoeveelheid jurisprudentie die die procedure sinds de invoering heeft opgeleverd – nog niet frequent genoeg toegepast om te kunnen zeggen of de gewijzigde rechtsmacht van de bestuursrechter voor de praktijk een verbetering betekent. Het is al wel mogelijk om aan de hand van de tekst van de wet, de parlementaire geschiedenis en de reeds over de schadeverzoekschriftprocedure verschenen literatuur te analyseren op welke punten zich vragen voordoen over de precieze reikwijdte van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure. In deze bijdrage behandelen we drie daarvan. Allereerst besteden we aandacht aan de hoedanigheid van de verzoeker (paragraaf 2). Aan welke eisen moet die voldoen, wil de bestuursrechter bereid zijn diens verzoek in behandeling te nemen? In de tweede plaats gaan wij in op de aard van de handelingen waarover de bestuursrechter kan oordelen (paragraaf 3). We concentreren ons daarbij op de verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter tot voorbereidingshandeling en de consequenties daarvan voor de procedurele keuzes waar degene die door zo'n handeling schade heeft geleden mee wordt geconfronteerd. In de derde plaats behandelen we de hoogte van het bij de bestuursrechter te vorderen schadebedrag (paragraaf 4). Voor zover de rechtsmacht van de bestuursrechter wordt begrensd door de hoogte van de gevorderde schadevergoeding, is de vraag hoe duidelijk die grens is. We sluiten af met een korte conclusie (paragraaf 5).

2. De hoedanigheid van de verzoeker

2.1 Inleiding

Artikel 8:88 lid 1 Awb bepaalt dat de bestuursrechter op verzoek van een belanghebbende bevoegd is een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade die de belanghebbende lijdt of zal lijden. Een belanghebbende is degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken (artikel 1:2 Awb). 'Het belanghebbendebegrip, zoals we dat kennen uit de Awb, geldt hier dus ook onverkort', zo vermeldt de memorie van toelichting.⁵

Het is niet onmiddellijk duidelijk of hiermee is bedoeld dat slechts degene die belanghebbende is *bij het onrechtmatige besluit* een verzoekschrift kan indienen. Denkbaar is immers ook dat de wetgever heeft beoogd dat de indiener van een verzoekschrift belanghebbende moet zijn *bij zijn verzoek tot veroordeling van het bestuursorgaan tot betaling*

1 Prof. mr. K.J. de Graaf is verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Prof. mr. dr. A.T. Marseille is aan diezelfde vakgroep verbonden en aan het departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis van de Universiteit Tilburg. Mr. D. Sietses is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2 Kamerstukken II 2010/11, 32621, nr. 3, p. 2.

3 Zie het per 1 juli 2013 vervallen art. 8:73 Awb, alsmede CRvB 28 juli 2004, AB 1995/133, m.nt. Van Male, ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. Van Buuren (Van Vloderp), HR 17 december 1999, AB 2000/89, m.nt. Van Buuren (Groningen/Raatgever)

4 Kamerstukken II 2010/11, 32621, nr. 3, p. 45.

5 Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 43 (memorie van toelichting).

van schadevergoeding. De meest eenvoudige en – gelet op de definitie van artikel 1:2 Awb – meest voor de hand liggende uitleg is de eerstgenoemde. Dit zou een continuering betekenen van de rechtspraak van voor 1 juli 2013. De route van artikel 8:73 Awb (oud) en het zelfstandig schadebesluit stond immers ook enkel open voor de belanghebbende bij het schadeveroorzakende besluit.⁶

Hieronder behandelen wij de reikwijdte van de schadeverzoekschriftprocedure zowel voor de situatie waarin de verzoeker belanghebbend is bij het schadeveroorzakende besluit als voor de situatie dat hij dat niet is.

2.2 De verzoeker is belanghebbende bij het schadeveroorzakende besluit

De vraag naar de belanghebbendheid in de zin van artikel 8:88 Awb kan opkomen als schade is geleden ten gevolge van een besluit waartegen de gelaedeerde geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend, ondanks dat hij belanghebbende is bij dat besluit.⁷ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat degene die zelf geen rechtsmiddelen heeft aangewend tegen de geldigheid van een schadeveroorzakend besluit, niet kan profiteren van het door degenen die dat wel hebben gedaan bereikte resultaat.⁸ Anders dan de ongeldigheid van het besluit staat de onrechtmatigheid van dat besluit jegens die gelaedeerde niet vast. Ook de bestuursrechter zou – in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad – voor invoering van titel 8.4 Awb aan de gelaedeerde geen schadevergoeding toekennen op grond van dezelfde redenering.⁹

Is na invoering van titel 8.4 Awb relevant geworden of het besluit, waarbij de gelaedeerde belanghebbende is maar waartegen hij niet procedeerde, werd vernietigd door de bestuursrechter als gevolg van het beroep van een andere belanghebbende?¹⁰ In dat geval is strikt genomen voldaan aan de in artikel 8:88 Awb neergelegde eis dat sprake is van een onrechtmatig besluit en is ook aan de eis van belanghebbendheid voldaan. Louter afgaande op de tekst van titel 8.4 Awb valt daarom niet in te zien waarom de bestuursrechter het schadevergoedingsverzoek niet zou kunnen toewijzen. Er wordt immers niet expliciet als eis gesteld dat de belanghebbende ook zelf bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend tegen het schadeveroorzakende besluit. Derhalve zou de bestuursrechter

het schadevergoedingsverzoek kunnen toewijzen. Door deze interpretatie wordt forumshopping in de hand gewerkt wanneer een gelaedeerde de keuze heeft tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Dit alles kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever. Daarom moet artikel 8:88 lid 1 Awb zo worden gelezen dat een verzoek van een belanghebbende alleen voor toewijzing in aanmerking kan komen als sprake is van schade ten gevolge van een besluit dat jegens hem onrechtmatig is. Dat is in beginsel niet het geval als de gelaedeerde wel belanghebbende bij het schadeveroorzakende besluit is maar hij daartegen zelf geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen heeft aangewend.

2.3 De verzoeker is geen belanghebbende bij het schadeveroorzakende besluit

Voor iemand die schade lijdt als gevolg van een besluit dat hij onrechtmatig acht maar waartegen hij geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kon aanwenden omdat hij geen belanghebbende is bij dat besluit, is het de vraag bij welke rechter hij terecht kan.

Die vraag is het eenvoudigst te beantwoorden als in het geheel geen beroep is ingesteld tegen het schadeveroorzakende besluit. Als de gelaedeerde, die niet bij de bestuursrechter terecht kan omdat hij geen belanghebbende is bij het besluit, zich tot de burgerlijke rechter wendt, zal die weliswaar constateren dat het schadeveroorzakende besluit formele rechtskracht heeft gekregen, maar zal hij de formele rechtskracht de niet-belanghebbende niet tegenwerpen. Hierdoor kan de burgerlijke rechter de (on)rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit alsnog in rechte beoordelen; vanzelfsprekend zonder dat dat kan leiden tot vernietiging van dat besluit.

Er is evenwel nog een situatie denkbaar, namelijk die waarin de niet-belanghebbende schade lijdt door een besluit dat is vernietigd door een beroep van een ander die wel belanghebbende is. Voor zover de bestuursrechter ingevolge artikel 8:89 Awb exclusief bevoegd is te oordelen over schade als gevolg van onrechtmatige besluiten, moeten de belanghebbenden die met hun beroep de vernietiging van het schadeveroorzakende besluit hebben bewerkstelligd, bij de bestuursrechter terecht voor de schade die zij hebben geleden. Stel dat de gelaedeerde die geen belanghebbende is zich tot de bestuursrechter wendt met zijn schadeverzoek. Zal die bereid zijn dat te beoordelen? Efficiënt zou dat zeker zijn, omdat er dan maar één rechter hoeft te oordelen over alle schadeverzoeken die op hetzelfde besluit betrekking hebben. Een oppervlakkige lezing van titel 8.4 Awb zou zelfs de veronderstelling kunnen doen postvatten dat de gelaedeerde die geen belanghebbende bij het schadeveroorzakende besluit is, zich wel tot de bestuursrechter moet wenden, omdat die ingevolge artikel 8:89 Awb bij uitsluiting bevoegd is. Echter, artikel 8:89 Awb moet worden gelezen in samenhang met artikel 8:88 lid 1 Awb, met als consequentie dat de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd is voor zover het schade van be-

6 Aangezien slechts een belanghebbende bezwaar en beroep kan instellen, en het schadevergoedingsverzoek op grond van art. 8:73 Awb (oud) hangende een procedure moest worden gedaan. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. Van Buuren (*Van Vlodrop*).

7 Is de verzoeker belanghebbend bij het schadeveroorzakende, onrechtmatig geoordeelde besluit en heeft hij ook daartegen geprocedeerd, dan kan de schade vergoed worden in de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter of – in voorkomend geval – de dagvaardingsprocedure bij de burgerlijke rechter.

8 HR 19 juni 1998, NJ 1998/869, m.nt. Scheltema (*Kaveka*), HR 28 maart 2014, RvdW 2014/521 (Amsterdam).

9 ABRvS 24 maart 2004, AB 2004/165, m.nt. Van Hall.

10 Vooralsnog gaan wij er – ook gelet op de voorgaande paragraaf – van uit dat art. 8:88 lid 1 sub a Awb vereist dat de bestuursrechter in een beroepschriftprocedure heeft vastgesteld dat sprake is van een onrechtmatig besluit.

langhebbenden betreft. De gelaedeerde die geen belanghebbende is, zal zich dus ook in deze situatie – ook al zijn er belanghebbenden bij hetzelfde schadeveroorzakende besluit die bij de bestuursrechter een verzoek om schadevergoeding hebben ingediend – tot de burgerlijke rechter moeten wenden.

3. De aard van de handelingen waarover de bestuursrechter kan oordelen

3.1 Inleiding

Artikel 8:88 lid 1 Awb biedt op het eerste gezicht duidelijkheid over de reikwijdte van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure, door te bepalen voor welke schadeoorzaken een verzoek tot de bestuursrechter kan worden gericht. In deze paragraaf bespreken wij de drie voornaamste categorieën van schadeoorzaken en betogen we dat het probleem van de rechtsmachtverdeling nog niet helemaal tot het verleden behoort. We staan kort stil bij de in artikel 8:88 Awb lid 1 sub a ('een onrechtmatig besluit') en c ('het niet tijdig nemen van een besluit') genoemde schadeoorzaken, en wat langer bij de schadevergoeding als gevolg van sub b, vanwege de vele vragen die de omschrijving van de schadeoorzaak ('een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit') oproept.

3.2 Onrechtmatige besluiten

Op grond van artikel 8:88 lid 1 sub a Awb, in samenhang met het tweede lid van die bepaling, kan de bestuursrechter worden benaderd voor vergoeding van de schade die is veroorzaakt door een onrechtmatig appellabel besluit of een daaraan gelijkgestelde handeling. Een verzoek kan dus geen betrekking hebben op schade als gevolg van besluiten waartegen op grond van het bepaalde in afdeling 8.1.1 Awb en hoofdstuk 1 van Bijlage 2 bij de Awb (de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak) geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Over schade als gevolg van – onder meer – beleidsregels of algemeen verbindende voorschriften kan dus niet bij de bestuursrechter worden geprocedeerd en evenmin over schade als gevolg van een besluit ter voorbereiding van een ander besluit, waartegen op grond van artikel 6:3 Awb geen beroep openstaat, tenzij de belanghebbende door dat voorbereidingsbesluit los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen.

Van belang is daarnaast dat de wet stelt dat de bestuursrechter kennis kan nemen van een verzoek om schadevergoeding indien schade is geleden door een *onrechtmatig* besluit. Dat het besluit door de bestuursrechter is vernietigd, wordt niet als voorwaarde gesteld. Echter, omdat de regering in de memorie van toelichting aangeeft dat het wetsvoorstel de leer van de formele rechtskracht ongemoeid laat, is – uitzonderingen daargelaten – de vernietiging van het schadeveroorzakende besluit een noodzakelijke voorwaarde voor een succesvol verzoek. De uitzonderingen betreffen voornamelijk de erkenning door het bestuursorgaan van de on-

rechtmatigheid diens besluit, herroeping van het primaire besluit omdat het bestuursorgaan dat zelf onrechtmatig achtte en vernietiging van een besluit in administratief beroep.¹¹ Maar is niet een van die uitzonderingen aan de orde, dan kan ervan worden uitgegaan dat de bestuursrechter, net als de burgerlijke rechter, in een schadeverzoekschriftprocedure geen eigen oordeel geeft over de rechtmatigheid van een besluit, indien tegen dat besluit beroep bij een bestuursrechter kan of kon worden ingesteld. Is het beroep tegen het besluit niet (tijdig) ingesteld of ongegrond, dan heeft het besluit formele rechtskracht verkregen.¹² Dit betekent dat het besluit zowel wat de wijze van tot stand komen als wat inhoud betreft voor rechtmatig moet worden gehouden en dat derhalve niet is voldaan aan het vereiste dat sprake is van een onrechtmatig besluit in de zin van artikel 8:88 lid 1 sub a Awb.¹³

Recent heeft Van Male betoogd dat de regering in de memorie van toelichting weliswaar stelt dat met de invoering van de wet is beoogd de leer van de formele rechtskracht ongemoeid te laten,¹⁴ maar dat die gedachten over de gelding van die leer kritisch zijn ontvangen in de Eerste Kamer en dat noch de wettekst, noch het systeem van titel 8.4 Awb eraan in de weg staan dat een verzoekschrift tot de bestuursrechter wordt gericht – en voor toewijzing in aanmerking kan komen – zonder dat in een beroepschriftprocedure is geprocedeerd over het schadeveroorzakende besluit.¹⁵ Nu is er door velen kritiek geleverd op de leer van de formele rechtskracht en is voor een kritische en genuanceerde benadering van dat leerstuk veel te zeggen, maar uit de toelichting op de wet blijkt geenszins dat met de invoering van titel 8.4 Awb een dergelijke wijziging in de toepassing van dat leerstuk is beoogd, integendeel. Wel biedt de wettekst ruimte voor de interpretatie van Van Male, zodat op dat

11 Zie HR 18 juni 1993, NJ 1993/642, m.nt. P.A. Stein (Sint-Oedenrode/Van Aarle). Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 3, p. 44. De bestuursrechter moet, als het besluit in bezwaar is herroepen, beoordelen of daadwerkelijk sprake was van een onrechtmatig primair besluit, zie HR 20 februari 1998, AB 1998/231 (Boeder/Staat).

12 Uitdrukkelijk zij opgemerkt dat ook het passeren van (materiële) gebreken in het besluit op grond van art. 6:22 Awb leidt tot de conclusie dat geen sprake is van een onrechtmatig besluit in de zin van art. 8:88 lid 1 sub a Awb. Dat is vanzelfsprekend anders als (in die situatie) art. 8:72 lid 3 sub a Awb wordt toegepast en de rechtsgevolgen van het onrechtmatig geoordeelde besluit in stand worden gelaten. In het geval een (formele) bestuurlijke lus wordt toegepast, zal dat doorgaans leiden tot een vernietiging van het oorspronkelijk bestreden besluit, zodat dat onrechtmatig is. In geval na een formele bestuurlijke lus de bestuursrechter – naar ons voorlopig oordeel ongewenst – gebruikmaakt van art. 6:22 Awb (zie ECLI:NL:CRVB:2014:2652), ligt dat echter anders.

13 Zie HR 16 mei 1986, AB 1986/57,3 m.nt. F.H. vd Burg, NJ 1986/723, m.nt. M. Scheltema (Heesch/Van de Akker).

14 Wij wijzen hier korthedshalve slechts op de omstandigheid dat het bestuur de onrechtmatigheid van het besluit expliciet heeft erkend (voor afloop van de bezwaar- en beroepstermijn), zie HR 18 juni 1993, NJ 1993/642, m.nt. P.A. Stein (Sint-Oedenrode/Van Aarle). Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 3, p. 44.

15 R.M. van Male, 'De verzoekschriftprocedure van Titel 8.4 Awb: minder zelfstandig dan beloofd? Een pleidooi voor relativisering van de formele rechtskracht', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravens*, Den Haag: IBR 2014, p. 147 e.v.

punt rechtsontwikkeling mogelijk is.¹⁶ Het lijkt echter uitgesloten dat de bestuursrechter op eigen houtje een ruimere koers gaat varen. Dat zou namelijk tot gevolg hebben dat gelaedeerden die zich tot de bestuursrechter kunnen wenden met een verzoek om schadevergoeding ter zake van een onrechtmatig besluit, op een soepeler behandeling kunnen rekenen dan gelaedeerden die zich voor de vergoeding van hun schade tot de burgerlijke rechter moeten wenden.

3.3 *Niet tijdig genomen besluiten*

De in artikel 8:88 lid 1 sub c genoemde schadeoorzaak ('niet tijdig nemen van een besluit') kan eveneens aanleiding zijn voor een verzoekschriftprocedure. Artikel 6:2 sub b Awb stelt het niet tijdig beslissen voor de procedures van bezwaar en beroep gelijk aan een appellabel besluit, zodat de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over de vraag of het bestuursorgaan niet tijdig heeft beslist. Door artikel 8:88 lid 1 sub c Awb is zeker gesteld dat de bestuursrechter tevens benaderd kan worden met het verzoek het bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van de schade die het gevolg is van het niet tijdig beslissen (vertragingsschade). De memorie van toelichting wijst er expliciet op dat – mede getuigd op de jurisprudentie en artikel 6:12 Awb – de formele rechtskracht hier geen rol speelt. Het niet tijdig beslissen krijgt geen formele rechtskracht.¹⁷ Vervolgens wordt gesteld dat de belanghebbende er dus voor kan kiezen om bij de bestuursrechter in beroep te komen tegen het niet tijdig beslissen, of om zich met een verzoekschrift direct te richten op het verkrijgen van schadevergoeding.

In de situatie waarin er nog geen reëel besluit is genomen maar dat besluit wel wordt verwacht, staat niet vast welke (vertraging)schade precies is geleden. De belanghebbende zal veelal het reële besluit willen afwachten voordat hij een verzoekschriftprocedure start. Hoewel die situatie in de memorie van toelichting niet expliciet aan de orde komt, ligt voor de hand dat de wetgever ervan uitgaat dat de eventuele formele rechtskracht van het reële besluit niet aan de belanghebbende in een verzoekschriftprocedure op grond van artikel 8:88 lid 1 sub c Awb zal worden tegengeworpen.¹⁸ De consequentie daarvan is dat de bestuursrechter in de verzoekschriftprocedure zelf – en dus niet in een beroepschriftprocedure tegen het niet tijdig beslissen – moet beoordelen of er al dan niet tijdig is beslist en zo ja, of het bestuursorgaan daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Pas na beantwoording van die vragen komt hij toe aan een oordeel over de schadelijheid van het bestuur.

Wij vragen aandacht voor nog een ander aspect van het niet tijdig beslissen. Het valt op dat de toelichting op artikel 8:88 Awb logischerwijze wel expliciet refereert aan artikel 6:2 onder b Awb, maar met geen woord rept over artikel 6:2 sub a Awb ('weigeren om een besluit te nemen'). Aangenomen moet worden dat in de situatie dat het bestuursorgaan van de bestuursrechter – in een beroep op grond van artikel 6:2 sub a Awb – uiteindelijk te horen krijgt dat het ten onrechte heeft geweigerd een besluit te nemen,¹⁹ de bestuursrechter het bestuursorgaan in een verzoekschriftprocedure kan veroordelen tot vergoeding van de (vertraging)schade die het gevolg is van het feit dat er niet tijdig is beslist in de zin van artikel 8:88 lid 1 sub c Awb.

3.4 *Andere onrechtmatige handelingen ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit*

3.4.1 *Inleiding*

De regeling van titel 8.4 Awb maakt het mogelijk de bestuursrechter te verzoeken een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade die is geleden door een 'andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit'. Daartoe moet aan twee voorwaarden zijn voldaan. De eerste is dat sprake moet zijn van een onrechtmatig besluit; wij constateerden hiervoor al dat dit – uitzonderingen daargelaten – betekent dat de bestuursrechter dat besluit moet hebben vernietigd. De tweede voorwaarde is dat de bestuursrechter enkel bevoegd is te oordelen over vergoeding van de schade die is geleden als gevolg van een 'andere onrechtmatige handeling', als het bestuursorgaan die heeft verricht 'ter voorbereiding van' het onrechtmatige besluit. Is aan een van die voorwaarden niet voldaan (het besluit is rechtmatig; de voorbereidingshandeling is rechtmatig; de schadeveroorzakende handeling kan niet worden gezien als handeling ter voorbereiding van het onrechtmatige besluit) of aan geen van beide, dan moet de gelaedeerde zich tot de burgerlijke rechter wenden. De inhoud van deze voorwaarden bespreken we in paragraaf 3.4.2, de consequenties voor de reikwijdte van de schadeverzoekschriftprocedure in paragraaf 3.4.3.

3.4.2 *Een andere onrechtmatige voorbereidingshandeling*
Artikel 8:88 lid 1 sub b Awb bepaalt dat de bestuursrechter tot schadevergoeding kan veroordelen indien de schade is veroorzaakt door 'een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit'. Wat wordt daarmee bedoeld? We behandelen drie vragen die deze omschrijving oproept. Over de eerste ervan kunnen we kort zijn, op de tweede en derde gaan we wat dieper in.

• Wat wordt bedoeld met een 'andere' handeling?
Een eerste vraag is waarom in de wettekst de term 'andere handeling' in plaats van de term 'handeling' wordt gebe-

¹⁶ Ook B.J. Schueler & B.J. van Ettekoven, 'De "losse eindjes" van Titel 8.4 Awb', *NTB* 2013/34, p. 210 gaan daarvan uit. Zie ook HR 31 mei 1991, *AB* 1992/290, m.nt. F.H. vd Burg, *NJ* 1993/112 m.nt. CHJB (Van Gog/Nederweert). Met de vernietiging is ook de schuld van het bestuursorgaan in beginsel gegeven, zie HR 26 september 1986, *NJ* 1987/253, m.nt. M. Scheltema (Hoffmann La Roche). In een schadeverzoekschriftprocedure gebaseerd op art. 8:88 lid 1 sub a Awb zijn dan in een concreet geval dus nog slechts relevant de causaliteit, de relativiteit en de (omvang van de) schade als overige vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

¹⁷ Zie o.a. HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003/171 (Heeze-Leende/Lammers).

¹⁸ Zie ook HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011/6 en ABRvS 21 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1930 en HR 11 januari 2013, *JB* 2013/43.

¹⁹ Ook hier speelt de formele rechtskracht niet, lijkt ons, al was het maar omdat ook – nadat zes weken zijn verstreken na de bekendmaking van de weigering een besluit te nemen – alsnog in een procedure op grond van art. 6:2 sub b Awb door de bestuursrechter kan worden vastgesteld dat er niet tijdig is beslist en daar de formele rechtskracht geen rol speelt.

zigt. Schueler stelt daarover klip en klaar dat de aanduiding 'andere handeling' moet worden gelezen in relatie tot de handeling genoemd onder a ('een onrechtmatig besluit') om vervolgens met goede reden te concluderen dat met een *andere* handeling geen besluit (ter voorbereiding van een ander besluit) bedoeld kan zijn. Terwijl Schueler daarmee naar ons oordeel terecht impliceert dat ook een besluit een handeling is, wordt die lezing ontkend door Van Male ('Het besluit zelf kan dus geen handeling zijn').²⁰

- Wat wordt bedoeld met een handeling 'ter voorbereiding' van een besluit?

Een tweede vraag betreft de handeling 'ter voorbereiding' van een besluit zelf. Wat moet daaronder worden verstaan? De memorie van toelichting geeft als voorbeeld bepaalde eisen die een bestuursorgaan aan een aanvrager stelt voordat die aanvrager het door hem gewenste besluit kan krijgen. Voorts wijst de toelichting op 'feitelijke voorbereidingshandelingen die in verband met een te nemen besluit worden verricht, zoals het doen van mededelingen of toezeggingen dan wel het geven van adviezen'.²¹ Een voorbereidingshandeling kan derhalve een handeling zijn die een noodzakelijke stap is in het besluitvormingsproces, maar ook handelingen die als 'onverplicht' kunnen worden betiteld, zoals het doen van een toezegging.

De memorie van toelichting stelt vervolgens dat 'deze handelingen door de bestuursrechter betrokken kunnen worden bij de beoordeling van het beroep tegen een besluit', waarna een voorbeeld volgt van een situatie waarin de (onrechtmatige) voorbereidingshandeling leidt tot vernietiging van het besluit dat op de voorbereidingshandeling is gevolgd (hierna veelal aangeduid als: het voorbereide besluit). Ook wordt gewezen op jurisprudentie van de bestuursrechter waarin de vraag aan de orde is of causaal verband bestaat tussen een (onrechtmatige) voorbereidingshandeling en een onrechtmatig besluit.²² Het inmiddels vervallen artikel 8:73 Awb bracht immers met zich dat enkel de schade die het gevolg is van het (vernietigde) besluit door de bestuursrechter vergoed kan worden; voor de schade door voorbereidingshandelingen is dat niet direct gegeven. Het heeft er de schijn van dat met het begrip wordt gedoeld op een handeling waarvoor geldt dat de onrechtmatigheid ervan tot gevolg heeft dat ook het voorbereide besluit onrechtmatig is. De wetgever zegt dat echter niet met zoveel woorden, zodat de verzoeker in onzekerheid zal kunnen verkeren over de vraag wanneer de bestuursrechter zal oordelen dat sprake is van een voorbereidingshandeling in de zin van artikel 8:88 lid 1 sub b Awb.

Wij zien ten minste drie onderscheidingen inzake voorbereidingshandelingen die in rechte relevant kunnen zijn.

Een *eerste* onderscheid is dat tussen voorbereidingshandelingen die tevens een appellabel besluit zijn in de zin van de artikel 6:3 Awb en andere voorbereidingshandelingen. Een voorbeeld van een besluit in de zin van die bepaling is het besluit om – indien dat niet wettelijk is voorgeschreven – afdeling 3.4 Awb van toepassing te verklaren op de voorbereiding van een besluit. Op grond van artikel 6:3 Awb staat tegen dat besluit in beginsel niet rechtstreeks beroep open, maar kan over zo'n besluit wel geprocedeerd worden in het kader van het beroep tegen het voorbereide besluit. Dat kan als gevolg hebben dat het voorbereide besluit onrechtmatig wordt geacht vanwege het onrechtmatige voorbereidingsbesluit. De bestuursrechter kan dan over de vergoeding van (bijvoorbeeld vertraging)schade oordelen.

Als het voorbereidingsbesluit de belanghebbende los van het voorbereide besluit rechtstreeks in zijn belang treft, dan regelt artikel 6:3 Awb echter dat tegen het voorbereidingsbesluit beroep kan worden ingesteld. Er is dan sprake van een appellabel voorbereidingsbesluit. Men zou kunnen beredeneren dat ook een dergelijk besluit formele rechtskracht kan verkrijgen indien daartegen geen rechtsmiddelen worden aangewend. Gelet op het uitgangspunt van artikel 6:3 Awb lijkt het ons echter aannemelijk – en overigens ook wenselijk – dat een dergelijk besluit in die situatie geen formele rechtskracht krijgt. Een goed argument daarvoor is dat artikel 6:3 Awb stelt dat in beginsel geen beroep mogelijk is en dat het bovendien impliceert dat tegen een voorbereidingsbesluit beroep kan worden ingesteld tegelijkertijd met het beroep tegen het voorbereide besluit. Een vraag in het verlengde hiervan is of voorbereidingsbesluiten behoren tot de categorie onder sub a (onrechtmatig besluit) van artikel 8:88 Awb of onder sub b (een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit). Het appellabele voorbereidingsbesluit (zie immers artikel 8:88 lid 2 juncto artikel 6:3 Awb) is een besluit in zin van sub a, zodat de bestuursrechter over de schadevergoeding kan oordelen indien dat besluit onrechtmatig is. Doorgaans staat echter geen beroep open tegen het voorbereidingsbesluit. Omdat toch sprake is van een (voorbereidings)besluit, kan het strikt genomen niet worden gezien als 'andere onrechtmatige handeling' (dan een besluit) ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit in de zin van sub b en kan de bestuursrechter dus niet oordelen over een verzoek tot vergoeding van schade die door het niet-appellabele voorbereidingsbesluit is geleden. Die uitkomst noemt Schueler 'geen gelukkige'.²³ Wij nemen aan dat die uitkomst ook niet beoogd is en menen dat – indien uit de procedure tegen het voorbereide, onrechtmatige besluit blijkt dat het (appellabele) voorbereidingsbesluit onrechtmatig was (wat immers in die procedure aan de orde kan zijn ingevolge de systematiek van artikel 6:3 Awb) – een schadeverzoekschriftprocedure toch mogelijk is ingevolge sub a van artikel 8:88 Awb.

23 Zie Schueler a.w. 2014, p. 220.

20 De bijdrage van B.J. Schueler, 'Welke rechter oordeelt over schade ten gevolge van onrechtmatige voorbereidingshandelingen?' (p. 219) en R.M. van Male, 'De verzoekschriftprocedure van Titel 8.4 Awb: minder zelfstandig dan beloofd? Een pleidooi voor relativering van de formele rechtskracht' (p. 144) zijn opgenomen in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak. Opstellen aangeboden aan prof. mr. drs. B.P.M. van Ravens*, Den Haag: IBR 2014.

21 *Kamerstukken II* 2010/11, 32261, nr. 3, p. 44–45.

22 CRvB 27 november 1997, TAR 1998/23; ABRvS 29 februari 1996, AB 1997/146, m.nt. Schueler; CBb 29 juli 1997, AB 1997/447, m.nt. J.H. van der Veen.

Een *tweede* onderscheid dat relevant is voor de rechtsmachtverdeling ten aanzien van de voorbereidingshandelingen is het uit het arrest van de HR inzake Kuipers/Valkenswaard bekende onderscheid tussen zelfstandige en onzelfstandige voorbereidingshandelingen oftewel tussen voldoende en onvoldoende met het (appellabele) besluit samenhangende voorbereidingshandelingen.²⁴ Acht de civiele rechter een voorbereidingshandeling zozeer samenhangend met het besluit dat zij ten opzichte daarvan een onzelfstandig karakter draagt, dan wordt die handeling gedekt door de formele rechtskracht van het besluit. Wordt niet of tevergeefs tegen het besluit geprocedeerd, dan wordt de voorbereidingshandeling geacht rechtmatig te zijn als deze een onzelfstandig karakter draagt. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel geeft expliciet aan dat de problematiek van Kuipers/Valkenswaard niet wordt opgelost door invoering van titel 8.4 Awb. Is echter sprake van een voorbereidingshandeling die een zelfstandig karakter heeft ten opzichte van het besluit, zodat die handeling ook zelfstandig – onafhankelijk van de inhoud van het voorbereide besluit – als onrechtmatige daad kan worden beschouwd, dan kan de burgerlijke rechter daarvoor schadevergoeding toekennen.²⁵ Het probleem is dat het zogenoemde samenhangcriterium van de HR wordt ervaren als ‘mistig’, ‘glibberig’ en ‘ongrijpbaar’,²⁶ zodat niet altijd eenvoudig te achterhalen is of de burgerlijke rechter benaderd kan worden voor de schadevergoeding voor een (vermeend onrechtmatige) voorbereidingshandeling.

De vraag die bij het door de HR gemaakte onderscheid opkomt, is of dat samenvalt met het in onderscheid tussen handelingen die nog wel en niet meer als handeling ter voorbereiding van een besluit in de zin van artikel 8:88 lid 1 sub b Awb kunnen worden beschouwd. Gezien het feit dat de bestuursrechter ook voor invoering van de schadeverzoekschriftprocedure al bereid was schade te vergoeden die was veroorzaakt door wat de HR waarschijnlijk als onzelfstandige voorbereidingshandelingen zou aanmerken,²⁷ is het de vraag of sprake is van codificatie van die jurisprudentie of dat de wetgever met de formulering van sub b heeft beoogd de bestuursrechter ter zake van een grotere groep voorbereidingshandelingen bevoegd te maken.

Een *derde* mogelijk relevante onderscheiding is die tussen enerzijds voorbereidingshandelingen waarvoor geldt dat als ze onrechtmatig zijn, ook het voorbereide besluit onrechtmatig is en anderzijds voorbereidingshandelingen waarvoor geldt dat de onrechtmatigheid ervan niet zonder meer inhoudt dat ook het voorbereide besluit onrechtmatig is. Bij onrechtmatige voorbereidingshandelingen

die als consequentie hebben dat het voorbereide besluit zelf ook onrechtmatig is, kan worden gedacht aan het niet vragen van wettelijk verplichte adviezen, het niet uitvoeren van een wettelijk verplicht onderzoek, het niet volgen van de wettelijk voorgeschreven voorbereidingsprocedure, maar ook aan het niet op de wettelijk voorgeschreven wijze kennisgeven van een terinzagelegging. Voorbereidingshandelingen waarvan dat minder zeker is, betreffen (onjuiste) inlichtingen of toezeggingen en het (ten onrechte) stellen van eisen aan de aanvrager door het bestuursorgaan.²⁸

Die laatste situatie is aan de orde in een uitspraak van de ABRvS van 11 januari 2006.²⁹ Het college van burgemeester en wethouders van Veghel had bij besluit van 28 mei 2003 geweigerd de Marokkaanse echtscheiding van appellant in te schrijven in de Gemeentelijke Basisadministratie, omdat niet was gebleken dat zijn echtgenote instemde met de echtscheiding. Het bezwaar van appellant tegen het besluit werd gegrond verklaard, omdat appellant in bezwaar een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch van 13 mei 2003 overlegde, waaruit bleek dat zijn echtgenote instemde met de Marokkaanse echtscheiding. Appellant vroeg het college vervolgens om vergoeding van de schade die hij zou hebben geleden door het handelen van ambtenaren tijdens de behandeling van zijn inschrijvingsverzoek. Hij had zich daardoor genoodzaakt gezien vijf keer naar Marokko te reizen voor het vergaren van aanvullende gegevens. Het college wees het verzoek om schadevergoeding af. De ABRvS oordeelt dat er geen grond is de eventuele schade aan het besluit toe te rekenen en dat de vraag of tijdens de behandeling van het inschrijvingsverzoek onrechtmatig jegens appellant is gehandeld niet ter beoordeling van de bestuursrechter staat. De vraag die bij een casus als deze opkomt, is of – mocht het handelen van de ambtenaren als onrechtmatig moeten worden gekwalificeerd – de schade die daardoor is ontstaan, moet worden gezien als schade die – in de bewoordingen van artikel 8:88 lid 1 sub b Awb – kan worden gekwalificeerd als schade ten gevolge van een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een besluit. Wat daar ook van zij, zeker lijkt wel dat de eventuele onrechtmatigheid van de voorbereidingshandelingen in dit geval geen invloed heeft op de kwalificatie van het besluit als rechtmatig of onrechtmatig.

- Wat betekent het vereiste dat de handeling 'onrechtmatig' moet zijn?

Een derde vraag ziet op de eis van dubbele onrechtmatigheid die artikel 8:88 lid 1 sub b Awb stelt. Het is volstrekt helder is dat de bestuursrechter slechts kennis kan nemen van een schadeverzoekschrift als sprake is van een onrechtmatig besluit. De bepaling stelt echter ook als eis dat de andere handeling ter voorbereiding van dat besluit onrechtmatig is. Betekent dit dat het voorbereide besluit (*mede*) *vanwege* de

24 Zie HR 9 september 2005, AB 2006/286, m.nt. Van Ommeren, NJ 2006/93, m.nt. Mok, JB 2006/275, m.nt. Schlössels, Gst. (2006) 7249/61, m.nt. Timmermans (Kuipers/Valkenswaard), waarover uitgebreid J.H.A. van der Grinten, 'Het samenhang-criterium van Kuipers/Valkenswaard', O&A 2008, 101.

25 Het bekendste voorbeelden zijn HR 3 februari 1990, NJ 1990/635, AB 1990/223 (Staat/Bolsius) en HR 7 oktober 1994, NJ 1997/174, AB 1996/125 (Staat/Van Benten).

26 Zie de noot van Schlössels bij HR 9 september 2005, JB 2006/275.

27 ABRvS 29 februari 1996, AB 1997/146, m.nt. Schueler.

28 Voor het dat eerste geval ABRvS 29 februari 1996, AB 1997/146, m.nt. Schueler (besluit onrechtmatig en schadevergoeding door de bestuursrechter toegekend).

29 AB 2006/100, m.nt. Sewandono, JB 2006/55, m.nt. Van Maanen.

voorbereidingshandeling onrechtmatig moet zijn? Of is de bestuursrechter ook bereid zich over het op de voorbereidingshandeling betrekking hebbende verzoek te buigen als de onrechtmatigheid van de voorbereidingshandeling niet (mede) de reden is dat het voorbereide besluit onrechtmatig is? De wettekst noch de memorie van toelichting geeft een duidelijk antwoord op deze vraag. Opvallend is wel dat het op dit punt meest interessante voorbeeld dat in de memorie van toelichting wordt gegeven een situatie betreft waarin – anders dan in het hierboven genoemde zaak over de Marokkaanse echt-scheiding – de onrechtmatigheid van de voorbereidingshandeling (mede) de oorzaak is van de onrechtmatigheid van het besluit.³⁰ Dat roept de vraag op of de bestuursrechter zich nu, anders dan voor invoering van de schadeverzoekschriftprocedure, bevoegd zal achten ter zake van schade ten gevolg van voorbereidingshandelingen waarvoor geldt dat de onrechtmatigheid daarvan niet (mede) de oorzaak is van de onrechtmatigheid van het voorbereide besluit.

3.4.3 Procedurele keuzes voor de belanghebbende

Hiervoor hebben we gezien dat de betekenis van het begrip ‘een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit’ niet zonder meer duidelijk is, en daarmee evenmin de reikwijdte van de schadeverzoekschriftprocedure. Degene die schade heeft geleden als gevolg van een handeling van een bestuursorgaan voorafgaand aan een besluit staat daarmee voor de vraag wanneer het geraden of geboden is de bestuursrechter te benaderen als hij de schade die hij door die voorbereidingshandeling heeft geleden, vergoed wil zien. We kijken daartoe eerst naar de situatie dat de bestuursrechter exclusief bevoegd is te oordelen over vergoeding van schade als gevolg een onrechtmatig besluit en vervolgens naar de situatie dat zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter bevoegd is.

- De bestuursrechter is exclusief bevoegd
Betreft de schade een besluit waartegen in hoogste instantie beroep openstaat bij de CRvB of de belastingkamer van de HR, dan is de bestuursrechter exclusief bevoegd te oordelen over schade als gevolg van ‘een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit’. Van belang is dan in de eerste plaats of degene die schade heeft geleden door een handeling ter voorbereiding van dat besluit, het besluit dat op die voorbereidingshandeling is gevolgd al dan niet onrechtmatig acht. Op beide situaties gaan we hieronder in (respectievelijk onder a. en b.).

- a. De gelaedeerde acht het op de voorbereidingshandeling gevolgde besluit onrechtmatig

Acht de gelaedeerde het besluit dat op de voorbereidingshandeling is gevolgd onrechtmatig, dan zal hij de bestuursrechter allereerst vragen dat besluit te vernietigen. Vervolgens kunnen zich verschillende situaties voordoen.

De voor de gelaedeerde meest wenselijke en ongecompliceerde gang van zaken is dat de bestuursrechter zijn beroep gegrond verklaart, het besluit vernietigt en dat de rechter vervolgens, in reactie op zijn verzoek om het bestuur te veroordelen tot vergoeding van de schade die hij door de voorbereidingshandeling heeft geleden, ook het verzoek om schadevergoeding honoreert.

Voor de gelaedeerde ongewenst maar verder ongecompliceerd is de situatie dat de bestuursrechter het beroep tegen het besluit gegrond verklaart en bereid is te oordelen over de voorbereidingshandeling, maar dat hij het verzoek afwijst, bijvoorbeeld omdat hij de voorbereidingshandeling niet onrechtmatig acht. De verzoeker staat dan met lege handen.³¹

Iets minder ongecompliceerd is de situatie dat de bestuursrechter het beroep tegen het besluit weliswaar gegrond verklaart, maar vervolgens oordeelt dat de handeling waarvan de verzoeker stelt dat die onrechtmatig is, in een te ver verwijderd verband met het besluit staat om te worden aangemerkt als ‘handeling ter voorbereiding van het onrechtmatige besluit’. De bestuursrechter zal zich dan onbevoegd achten over het verzoek te oordelen en zal het verzoek derhalve afwijzen. De gelaedeerde kan vervolgens de burgerlijke rechter benaderen. Zal die bereid zijn het verzoek te beoordelen? Waarschijnlijk wel, maar helemaal zeker is dat niet. Denkbaar is immers dat de bestuursrechter vindt dat een handeling in een te ver verwijderd verband met het onrechtmatige besluit staat om te worden aangemerkt als een handeling ter voorbereiding van dat besluit in de zin van artikel 8:88 lid 1 sub b Awb, terwijl de burgerlijke rechter juist vindt dat de voorbereidingshandeling ten opzichte van het onrechtmatige besluit een onzelfstandig karakter heeft.³² Ervan uitgaande dat met de invoering van de schadeverzoekschriftprocedure een verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter is beoogd, is onwaarschijnlijk dat als de bestuursrechter oordeelt dat een handeling in een te ver verwijderd verband met het onrechtmatige besluit staat om als voorbereidingshandeling te worden aangemerkt, de burgerlijke rechter zal oordelen dat de handeling juist onlosmakelijk met het besluit verbonden is, met als consequentie dat de gelaedeerde bij geen van beide terecht kan.

Ten slotte is het mogelijk dat de bestuursrechter het beroep tegen het schadeveroorzakend besluit ongegrond verklaart. De gelaedeerde kan dan niet bij de bestuursrechter terecht met zijn verzoek om vergoeding van de schade die hij als gevolg van de voorbereidingshandeling heeft geleden. Hij kan zich uiteraard tot de burgerlijke rechter wenden, maar moet dan wel hopen dat die niet van oordeel is dat de voorbereidingshandeling ten opzichte van het besluit een onzelfstandig karakter heeft; in dat geval zal de burgerlijke rechter namelijk oordelen dat de voorbereidingshandeling, net als het besluit, geacht moet worden rechtmatig te zijn.

30 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 3; ABRvS 29 februari 1996, AB 1997/146, m.nt. Schueller.

31 Zij het dat hij wel in hoger beroep kan tegen de afwijzing.

32 Vgl. de noot van Van Maanen bij ABRvS 11 januari 2006, JB 2006/55.

- b) De gelaedeerde acht het op de voorbereidingshandeling gevolgde besluit rechtmatig

Dan de situatie dat de gelaedeerde het voorbereide besluit rechtmatig acht. De gelaedeerde heeft geen probleem met het besluit, maar heeft wel schade geleden door de voorbereidingshandeling en wil die vergoed zien.

Op het eerste gezicht ligt het in die situatie niet voor de hand dat de gelaedeerde zich tot de bestuursrechter wendt. Die is immers niet bevoegd te oordelen over schade als gevolg van handelingen ter voorbereiding van rechtmatige besluiten. Als de gelaedeerde zich tot de burgerlijke rechter wendt, wat staat hem dan te wachten?

We gaan ervan uit dat de beoordeling door de burgerlijke rechter afhangt van diens kwalificatie van de voorbereidingshandeling. Als hij van oordeel is dat die een onzelfstandig karakter heeft ten opzichte van het besluit, zal hij – uitzonderingen daargelaten³³ – het verzoek afwijzen. De reden: tegen het besluit is niet bij de bestuursrechter opgekomen; het moet dus geacht worden rechtmatig te zijn en dat geldt evenzeer voor de voorbereidingshandeling.

Om te voorkomen dat een actie bij de burgerlijke rechter strandt omdat die van oordeel is dat de voorbereidingshandeling een 'onzelfstandig karakter' heeft, lijkt de voor de gelaedeerde veiligste weg: eerst beroep instellen bij de bestuursrechter tegen het voorbereide besluit, ook al is hij het met dat de uitkomst van dat besluit niet oneens, en vervolgens hetzij bij de bestuursrechter (als het beroep gegrond is verklaard) hetzij de burgerlijke rechter (als het beroep ongegrond is verklaard) procederen om de schade als gevolg van de onrechtmatige voorbereidingshandeling vergoed te krijgen.

- Zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter zijn bevoegd

Is de schade veroorzaakt door een besluit waarover de ABRvS of het CBb in hoogste instantie bevoegd zijn te oordelen en bedraagt de gevraagde vergoeding ten hoogste € 25.000, dan heeft de gelaedeerde de keuze: zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter zijn bevoegd te oordelen over het verzoek om vergoeding van schade, geleden als gevolg van het onrechtmatige besluit en van de onrechtmatige handeling ter voorbereiding van dat besluit.

In de eerste plaats kan de gelaedeerde ter vergoeding van zijn schade voor de bestuursrechtelijke weg kiezen. Dan kunnen zich de situaties voordoen zoals die aan het begin van deze paragraaf zijn beschreven.

In de tweede plaats kan de gelaedeerde de bestuursrechtelijke procedure links laten liggen en voor een procedure bij de burgerlijke rechter kiezen. Dat kan hij doen als hij alleen

³³ Het betreft dezelfde uitzonderingen als die aan het begin van paragraaf 3.2 aan de orde waren.

uit is op vergoeding van de schade die hij door de voorbereidingshandeling heeft geleden. De burgerlijke rechter zal dan, zoals in een aantal hiervoor geschetste situaties al aan de orde was, allereerst beoordelen of de voorbereidingshandeling een onzelfstandig karakter heeft ten opzichte van het besluit en ook dan geldt dat de burgerlijke rechter alleen bij een negatief antwoord op die vraag bereid is te beoordelen of de schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Ten slotte kan de gelaedeerde een procedure bij de bestuursrechter *beginnen* en bij de burgerlijke rechter *vervolgen*. Hij vraagt dan eerst de bestuursrechter het besluit te vernietigen en verzoekt de burgerlijke rechter vervolgens om vergoeding van de schade die hij door de voorbereidingshandeling heeft geleden. Verklaart de bestuursrechter het beroep ongegrond, dan kan de gelaedeerde zich tot de burgerlijke rechter wenden met het verzoek de schade die hij als gevolg van de voorbereidingshandeling heeft geleden, te vergoeden. Of de burgerlijke rechter bereid is zich over zijn vordering te buigen, is dan – we zagen het al eerder – afhankelijk van de vraag of die de voorbereidingshandeling al dan niet een onzelfstandig karakter ten opzichte van het besluit toedicht. Verklaart de bestuursrechter het beroep gegrond, dan kan de gelaedeerde zowel de door de voorbereidingshandeling geleden schade als de eventuele ten gevolge van het besluit zelf geleden schade bij de burgerlijke rechter vorderen. Dit is de enige situatie waarin de gelaedeerde er honderd procent zeker van is dat de rechter die hij met zijn schadeclaim betreffende een voorbereidingshandeling benadert, bereid is daar over te oordelen.

Al met al is het voor iemand die schade heeft geleden als gevolg van handelingen ter voorbereiding van een bij de bestuursrechter appellabel besluit in veel gevallen niet bij voorbaat duidelijk welke procedurele weg hij het beste kan volgen om zijn schade vergoed te krijgen.

4. De hoogte van de gevorderde schade

Wanneer de schade voortvloeit uit een besluit waarover de ABRvS of het CBb in enige of hoogste aanleg oordeelt, is de hoogte van het schadevergoedingsverzoek bepalend voor de rechter tot wie een gelaedeerde zich mag of moet wenden. Is de gevraagde vergoeding hoger dan € 25.000, dan is de burgerlijke rechter exclusief bevoegd, bij claims tot € 25.000 heeft de gelaedeerde de keuze tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter (artikel 8:89 lid 1 en 2 Awb).³⁴ Omdat de wetgever het onwenselijk vindt dat over dezelfde schade tegelijkertijd een procedure bij twee verschillende rechter aanhangig is,³⁵ kan de bestuursrechter niet meer worden benaderd wanneer de gelaedeerde hetzelfde verzoek al

³⁴ Het gaat, zoals art. 8:89 tweede lid Awb ook vermeldt, om de gevraagde vergoeding, en niet om de daadwerkelijke schade. Dit brengt met zich dat wanneer de gevraagde vergoeding hoger is dan € 25.000,-, de bestuursrechter ook niet bevoegd kan worden geacht een oordeel te vellen over het schadeverzoek tot het bedrag van € 25.000,- (zie Rb. Midden-Nederland, 23 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2613).

³⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 49 (memorie van toelichting).

aanhangig heeft gemaakt bij de burgerlijke rechter (artikel 8:89 lid 3 Awb). Daarnaast is in titel 8.4 Awb vastgelegd dat zolang het verzoek bij de bestuursrechter aanhangig is, de burgerlijke rechter een schadevergoedingsverzoek nietontvankelijk verklaart (artikel 8:89 lid 4 Awb).

Bovenstaande wettelijke bepalingen betekenen evenwel niet dat ter zake van hetzelfde schadeveroorzakende besluit niet zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter zou kunnen worden benaderd. Zolang het schadevergoedingsverzoek niet hoger is dan € 25.000 en de ABRvS of het CBb in enige of hoogste aanleg oordeelt, kan daarvan sprake zijn. Denkbaar is dat de gevraagde vergoeding bij de bestuursrechter weliswaar niet meer bedraagt dan € 25.000, maar dat tijdens of na afloop van de verzoekschriftprocedure blijkt dat de schade toch hoger is dan € 25.000. In dit geval – zo blijkt uit de memorie van toelichting – kan de gelaedeerde voor de schade die uitstijgt boven de € 25.000, na afloop van de verzoekprocedure bij de bestuursrechter, alsnog de gang naar de burgerlijke rechter maken.³⁶ De burgerlijke rechter zal dan slechts beoordelen of de gevraagde restantvordering moet worden toegewezen. Aan het oordeel van de bestuursrechter over de bij hem gevorderde schade is de burgerlijke rechter gebonden, aldus de wetgever.³⁷

Dit alles zou tot de voorzichtige conclusie kunnen leiden dat het met de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter allemaal wel snor zit; gelijktijdige beoordeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter is uitgesloten en daarmee het wisselen van sporen eveneens. Niettemin is de op de hoogte van de vordering gebaseerde competentiegrens minder waterdicht dan de wetgever naar alle waarschijnlijkheid heeft gehoopt. In ten minste twee situaties kunnen zich competentieproblemen voordoen:

- (i) Een gelaedeerde met schade hoger dan € 25.000, waarover normaal de burgerlijke rechter bevoegd zou zijn te oordelen, wendt zich tot de bestuursrechter met een schadevergoedingsverzoek van € 25.000 en benadert voor het resterende bedrag vervolgens de burgerlijke rechter;
- (ii) Een gelaedeerde met schade hoger dan € 25.000, waarover normaal de burgerlijke rechter bevoegd zou zijn te oordelen, splitst zijn vorderingen in bedragen lager dan € 25.000 en wendt zich vervolgens telkenmale tot de bestuursrechter met een schadevergoedingsverzoek.

Situatie (i): eerst de bestuursrechter, dan de burgerlijke rechter benaderen

De wetgever noemt in de toelichting op titel 8.4 Awb slechts de situatie waarin de gevraagde vergoeding ten hoogste € 25.000 bedraagt en het er aanvankelijk ook op leek dat de daadwerkelijke schade niet hoger was, maar dat hangende de verzoekschriftprocedure of na afloop daarvan de schade

toch hoger blijkt te zijn uitgevallen en dat voor die schade de burgerlijke rechter wordt benaderd.³⁸ Deze door de wet geboden opening biedt de gelaedeerde met een claim van hoger dan € 25.000 echter de kans eerst de bestuursrechter te benaderen met een verzoek ter hoogte van het competentiebedrag. Reden om dat te doen zou kunnen zijn dat een gelaedeerde zodoende tegen (in vergelijking met een civiele procedure) geringe kosten een oordeel kan verkrijgen over de vraag of het onrechtmatige besluit al dan niet leidt tot schadevergoeding. Bovendien kan dit verzoek zelfs al hangende de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit worden gedaan (artikel 8:91 Awb). Wijst de bestuursrechter het schadeverzoek toe, dan kost het vervolgens weinig inspanning een civiele procedure voor de restantschade te starten; de burgerlijke rechter zal zich immers (moeten) conformeren aan het oordeel van de bestuursrechter.³⁹ Met andere woorden: de procesrisico's zijn geringer, of kunnen op zijn minst beter worden ingeschat.

Bovenstaande gang van zaken kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. De beoogde bevoegdheidsverdeling wordt doorkruist en bovendien leidt het tot een extra belasting voor de rechterlijke instanties. Dit terwijl ratio van de 'opening' in de memorie van toelichting ('als blijkt dat de schade hoger is dan van te voren werd gedacht, moet een gelaedeerde nog ergens met zijn restschade terecht kunnen') op zichzelf als sympathiek is te beschouwen. Is er een meer adequate regeling beschikbaar?

Voor de situatie waarin de schade tijdens de verzoekschriftprocedure hoger blijkt te zijn dan € 25.000 had de Awb-wetgever zich kunnen laten inspireren door artikel 95 Rv. Deze bepaling regelt (voor zover hier relevant) eisvermeerdering hangende het geding in eerste aanleg bij de rechtbank, sector kanton.⁴⁰ In de situatie waarin hangende een geding bij de kantonrechter een vordering wordt vermeerderd tot een bedrag hoger dan € 25.000, dan dient de zaak alsnog te worden behandeld en beslist door een kamer voor andere zaken dan kantonzaken. De kantonrechter moet daarbij wel eerst wijzen op de mogelijkheid van eisvermindering (artikel 95 Rv), zodat een verwijzing naar de sector civiel (met verplichte procesvertegenwoordiging en hogere kosten) kan worden voorkomen. Als een gelaedeerde zijn eis vervolgens uitdrukkelijk beperkt tot het bedrag van € 25.000 en afstand doet van het meerdere, is de kantonrechter bevoegd. Vertaald naar het bestuursrecht zou dit betekenen dat in de situatie waarin tijdens de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter duidelijk wordt dat de gevorderde schadevergoeding hoger zou moeten zijn dan € 25.000 om de volledige schade vergoed te krijgen, de bestuursrechter de gehele zaak verwijst naar de burgerlijke rechter (in het geval het CBb of de Afdeling in enige of hoogste aanleg oordeelt over het schadeveroorzakende besluit), tenzij de gelaedeerde de

³⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 49 (memorie van toelichting).

³⁷ Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 49 (memorie van toelichting).

³⁸ Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 49 (memorie van toelichting).

³⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 49 (memorie van toelichting).

⁴⁰ De kantonrechter, is onder andere bevoegd kennis te nemen van schadevergoedingsvorderingen lager dan € 25.000,- (art. 93 sub a Rv).

hoogte van zijn verzoek uitdrukkelijk beperkt tot maximaal € 25.000 en afstand doet van het meerdere.

Voor de situatie waarin *na afloop* van de verzoekschriftprocedure blijkt dat de schade hoger is dan € 25.000 en waarin de wet evenmin een blokkade kent om voor de restantschade de burgerlijke rechter te adiëren, lijkt een ideale regeling niet te bedenken. Het is duidelijk dat de regeling van titel 8.4 Awb dat niet is, omdat die het mogelijk maakt dat zowel de bestuurs-rechter als de burgerlijke rechter over dezelfde schadeoorzaak oordeelt. Echter, aan een alternatieve regeling kleven ook nadelen. Zou als uitgangspunt worden genomen dat wie voor de bestuursrechter kiest, bij die keuze moet blijven, dan zou dat betekenen dat de bestuursrechter ook bevoegd zou zijn als na afloop van een schadeverzoekschriftprocedure blijkt dat de nadere schade meer dan € 25.000 bedraagt. Dat druist in tegen de bedoeling van de wetgever, die nu juist voor ogen had dat de burgerlijke rechter dat soort verzoeken zou beoordelen. Nu de wetgever er eenmaal voor heeft gekozen om in bepaalde situaties gelaedeerden zelf te laten beslissen of ze met hun verzoek om schadevergoeding bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter terecht willen, lijkt op dit punt geen betere regeling dan de geldende te bedenken.

Situatie (ii): meermaals de bestuursrechter benaderen

In het geval waarin de schade meer bedraagt dan € 25.000 en wordt veroorzaakt door een besluit waarover de ABRvS of het CbB in eerste of hoogste instantie oordeelt, is de burgerlijke rechter in beginsel exclusief bevoegd (artikel 8:89 Awb). Titel 8.4 Awb biedt echter een opening om de – op het eerste oog – exclusieve bevoegdheid van de burgerlijke rechter te omzeilen. De Awb verbiedt namelijk niet dat een vordering wordt gesplitst in meerdere, kleinere vorderingen (van ten hoogste € 25.000). Hierdoor is het mogelijk om de bestuursrechter meerdere keren een schadevergoedingsverzoek van € 25.000 voor te leggen, ter zake van een claim van meer dan € 25.000. Artikel 8:89 lid 2 Awb omschrijft immers dat voor zover de *gevraagde vergoeding* ten hoogste € 25.000 bedraagt, de bestuursrechter daarover kan oordelen. Er wordt geen koppeling gemaakt met de daadwerkelijke schade.

Ook dit kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. De beoogde bevoegdheidsverdeling wordt doorkruist en bovendien leidt het tot een extra belasting voor de bestuursrechter. De Awb-wetgever had zich, om dit te voorkomen, wederom kunnen laten inspireren door het burgerlijk procesrecht. Artikel 94 lid 1 Rv bevat een regel bij cumulatie van vorderingen:

‘Indien een zaak meer dan één vordering als bedoeld in artikel 93 onder a en b betreft, is voor de toepassing van dat artikel beslissend het totale beloop of de totale waarde van deze vorderingen.’

De gedachte achter deze bepaling is dat samenhangende vorderingen zo veel mogelijk door één rechter en in één procedure moeten worden behandeld.⁴¹ Uit artikel 94 Rv volgt dat een vordering niet kan worden gesplitst in meerdere kleinere vorderingen, zodat meermaals de kantonrechter kan worden benaderd. Onzes inziens bevat de Awb ten onrechte niet een soortgelijke bepaling. Voorkomen moet worden dat bij de bestuursrechter meermaals kan worden geprocedeerd over dezelfde schadekwestie. Reparatiewetgeving is aan te bevelen. Als de bestuursrechter met een dergelijke situatie te maken krijgt, kan hij tot die tijd een verzoek afwijzen met een beroep op het beginsel van een goede procesorde. Verdedigbaar is immers dat het splitsen van een vordering daarmee in strijd is.⁴² Of de bestuursrechters daartoe bereid zijn, is evenwel de vraag.

5. Conclusie

De analyse van de schadeverzoekschriftprocedure van titel 8.4 Awb laat zien dat de reikwijdte van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure op allerlei punten onduidelijk is, en dus voor verschillende interpretaties vatbaar. Voor de gebruikers van de verzoekschriftprocedure betekent dat voorlopig: onzekerheid over welke kant de bestuursrechter opgaat. Voor de bestuursrechter betekent het: ruimte voor rechtsvorming.

In welke richting zou die rechtsvorming zich moeten bewegen? Die vraag is het gemakkelijkst te beantwoorden voor het laatste van de drie door ons behandelde aspecten van de schadeverzoekschriftprocedure. Bij vragen die spelen over de interpretatie van de competentiegrens zou de bestuursrechter zo veel mogelijk moeten aansluiten bij de in artikel 94 en 95 Rv neergelegde regeling en geen ruimte moeten bieden aan creatieve constructies om vorderingen van meer dan € 25.000 aan hem voor te leggen.

Voor wat betreft het eerste punt, de hoedanigheid van de verzoeker, zou de bestuursrechter moeten vasthouden aan het uitgangspunt dat er voor een belanghebbende bij een besluit die verzuimd heeft daar tegen op te komen, in de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure geen plaats is. Voor de gelaedeerde niet-belanghebbende liggen de zaken net zo duidelijk. Van belang is in de eerste plaats dat de term belanghebbende in artikel 8:88 Awb ‘gewoon’ verwijst naar degene die belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 Awb bij het schadeveroorzakende besluit. Heeft die niet-belanghebbende schade geleden door een besluit waartegen geen rechtsmiddelen zijn aangewend, dan ligt voor de hand dat hij met een schadevergoedingsclaim bij de civiele rechter moet zijn. Is door belanghebbenden die de vernietiging van het schadeveroorzakende besluit hebben bewerkstelligd een schadeverzoekschriftprocedure geïnitieerd, dan lijkt het niet zonder meer efficiënt als bij twee

41 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 113.

42 Zie hierover D. Sietes, *Het nieuwe schadevergoedingsrecht bij schade uit onrechtmatige besluiten*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij, p. 75 e.v.

verschillende rechters over schade als gevolg van hetzelfde besluit wordt geprocedeerd. Die situatie kon zich echter ook voordoen onder het oude recht. Bekeken vanuit de behoefte aan duidelijkheid bij de gelaedeerde niet-belanghebbende ligt het zeer voor de hand dat die zich te allen tijde – ongeacht of het schadeveroorzakende besluit is vernietigd en ongeacht of er door belanghebbenden bij de bestuursrechter een schadeverzoekschriftprocedure is gestart – bij dezelfde rechter dient te vervolgen. Dat is de burgerlijke rechter.

Tot slot de schadeoorzaken waar de bestuursrechter over kan oordelen. Met recht kan worden gesteld dat de mogelijkheid voor de bestuursrechter op grond van artikel 8:88 lid 1 sub a Awb vergoeding van schade toe te kennen die het gevolg is van een onrechtmatig geoordeeld besluit, feitelijk is beperkt tot die besluiten die zijn vernietigd door de bestuursrechter, zijn herroepen wegens onrechtmatigheid in bezwaar of waarvoor geldt dat de onrechtmatigheid door het bevoegde bestuursorgaan expliciet is erkend. De meest voor de hand liggende (en terughoudende) interpretatie van artikel 8:88 lid 1 sub b Awb is dat de bestuursrechter slechts een verzoek van een belanghebbende zal kunnen toewijzen indien in een bestuursrechtelijke context (door vernietiging, herroeping of erkenning) is komen vast te staan dat sprake is van een onrechtmatig besluit *vanwege* een daaraan voorafgaande onrechtmatige voorbereidingshandeling. We raken er in het bestuursrecht echter steeds meer aan gewend dat de bestuursrechter ook kan oordelen over andere bestuurshandelingen dan besluiten. De tekst van artikel 8:88 lid 1 Awb vormt daar uitdrukking van. Zo bezien ligt het in de rede dat de bestuursrechter het begrip ‘handeling ter voorbereiding van een besluit’ ruim interpreteert en niet alleen bereid is te oordelen over voorbereidingshandelingen die een noodzakelijke stap vormden in het besluitvormingsproces en de onrechtmatigheid van een besluit hebben veroorzaakt, maar ook over voorbereidingshandelingen die eerder als ‘onverplicht’ hebben betiteld, zoals bijvoorbeeld het doen van een toezegging, en over voorbereidingshandelingen die, ook al zijn deze niet mede de reden dat het besluit onrechtmatig is, zelf wel onrechtmatig zijn. Eén van de voordelen van een ruime interpretatie door de rechter van het begrip ‘onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit’ is dat een gelaedeerde wiens beroep tegen het schadeveroorzakende besluit gegrond is verklaard, zodoende niet het risico loopt dat de bestuursrechter hem voor een deel van de schade alsnog naar de burgerlijke rechter verwijst.

Mocht de rechter inderdaad bereid zijn om artikel 8:88 lid 1 sub b Awb zodanig ruim op te vatten dat hij een verzoek om schadevergoeding kan toewijzen indien het gaat om voorbereidingshandelingen die, ook al zijn ze niet mede de reden dat het besluit onrechtmatig is, zelf wel onrechtmatig zijn, dan komt onontkoombaar de vraag op of de bestuursrechter niet ook zou moeten kunnen oordelen over verzoeken om vergoeding van schade ten gevolge van een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een rechtmatig besluit. Op dit moment biedt de regeling van titel 8.4 Awb die moge-

lijkheid niet. Er zijn echter goede redenen te overwegen de reikwijdte van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure op dit punt te verruimen, al was het maar omdat zodoende het aantal situaties waarin het voor een gelaedeerde ongewis is bij welke route hij het beste kan volgen om zijn schade door handelen van een bestuursorgaan vergoed te krijgen, verder wordt vermindert.